

# Sumário

## FUNDAMENTOS E LIMITES DO DIREITO PENAL

### PRIMEIRA SEÇÃO

#### CONCEITO DE DIREITO PENAL

*Antonio García-Pablos de Molina*

#### Capítulo 1. CONCEITO DE DIREITO PENAL, 29

1.1 O Direito penal como instrumento do controle social formal, 31

1.2 O Direito penal como parte do ordenamento jurídico, ou seja, como conjunto de normas, 33

#### Capítulo 2. DENOMINAÇÃO DO DIREITO PENAL E SUA ADEQUADA POSIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO, 34

2.1 O problema da denominação: Direito “penal” versus Direito “criminal”, 34

2.2 A correta posição do Direito penal no ordenamento jurídico geral e seu enquadramento no Direito Público, 36

2.2.1 Os delitos de ação penal privada e os de ação penal pública condicionada, 38

2.2.2 Mediação e conciliação, 39

2.2.3 Justiça negociada e princípio da “oportunidade”, 42

2.2.4 Outros processos privatizadores do sistema penal e a busca de uma saída para o atual modelo de Justiça penal no Brasil, 47

2.3 A “autonomia” do Direito penal e sua suposta natureza “sancionatória” (acessória), 47

#### Capítulo 3. RELAÇÕES DO DIREITO PENAL COM OUTROS RAMOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO, 52

3.1 Direito penal e Direito constitucional, 52

3.2 Direito penal e Direito sancionador (a tendencial construção de um sistema punitivo satelitário), 53

3.3 Direito penal e Direito administrativo, 57

3.3.1 Conexões funcionais, 57

3.3.2 Ilícito penal e ilícito administrativo, 57

3.3.3 O poder sancionatório da Administração: sua natureza e extensão, 60

3.3.3.1 A proibição do *ne bis in idem*, 61

3.4 Direito penal e Direito processual, 63

### SEGUNDA SEÇÃO

#### A CIÊNCIA DO DIREITO PENAL: MÉTODO E EVOLUÇÃO HISTÓRICO-DOCTRINÁRIA

*Antonio García-Pablos de Molina*

#### Capítulo 1. O MÉTODO E A CIÊNCIA DO DIREITO PENAL, 71

1.1 Direito penal e Ciência do Direito penal, 71

1.2 O caráter científico da atividade jurídica, 73

1.2.1 Tese de von Kirschmann, 74

1.2.2 Do positivismo científico ao positivismo jurídico, 74

1.2.3 O neokantismo, 75

1.3 O problema do método, 75

1.3.1 Conceito de método, 75

1.3.2 Método e objeto: sua intercorrelação, 76

1.3.3 Método e interpretação, 76

#### Capítulo 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA POLÊMICA SOBRE O MÉTODO: ANÁLISE DAS DIVERSAS ESCOLAS E TENDÊNCIAS, 77

2.1 A Filosofia da Ilustração: precursores da Filosofia das Luzes e ilustrados, 78

2.1.1 A “questão criminal” em Beccaria, 79

2.1.2 Ilustrados e enciclopedistas, 82

2.2 A denominada Escola Clássica, 84

2.2.1 Seu método: a passagem do pensamento mágico ao abstrato, 85

2.2.2 Seus postulados fundamentais, 86

2.2.3 Um clássico paradigmático: Carrara, 88



2.2.4 A contribuição da Escola Clássica e algumas reflexões críticas, **89**

2.3 O evolucionismo de Darwin e a Estatística Moral, **90**

2.4 O positivismo criminológico: a Escola (*Scuola*) Positiva, **91**

2.4.1 A passagem do pensamento abstrato e metafísico ao pensamento concreto e científico, **92**

2.4.2 O método positivo ou empírico do positivismo, **92**

2.4.3 O positivismo e a nova ordem social (industrial), **92**

2.4.4 O debate doutrinário que o positivismo gerou, **93**

2.4.5 Premissas filosóficas do positivismo, **94**

2.4.5.1 Dogmas da filosofia positivista, **94**

2.4.5.2 O método empírico indutivo e seu principal teorizador: Ferri, **94**

2.4.5.3 Delinqüente, vítima e ordem social, **95**

2.4.5.4 Outros postulados do positivismo criminológico, **96**

2.4.6 Os pioneiros da Escola positiva, **99**

2.4.6.1 Lombroso, **99**

2.4.6.2 Ferri, **99**

2.4.6.3 Garófalo, **101**

2.5 O debate científico durante a primeira metade do século XX. As Escolas ecléticas, **104**

2.5.1 A Escola francesa de Lyon: seus postulados, **105**

2.5.1.1 O pensamento de Lacassagne, **105**

2.5.1.2 Aubry, **107**

2.5.2 A teoria psicossocial de G. Tarde, **107**

2.5.2.1 As leis da imitação de G. Tarde, **108**

2.5.2.2 Sua teoria psicossocial da criminalidade, **108**

2.5.2.3 O sociologismo do autor e sua explicação da criminalidade "urbana", **109**

2.5.2.4 Sua teoria da pena, **110**

2.6 As Escolas ecléticas, **111**

2.6.1 A Terceira Escola italiana ou positivismo crítico, **112**

2.6.1.1 Pressupostos metodológicos, **112**

2.6.1.2 Seus representantes: Carnevale; Alimena e outros, **113**

2.6.1.3 Seus postulados, **113**

2.6.2 A Escola de Marburgo ou Jovem Escola Alemã de Política Criminal, **114**

2.6.2.1 As diretrizes mais evidentes da Jovem Escola ou "Escola Sociológica", **114**

2.6.2.2 O pensamento de F. von Liszt, **114**

2.6.2.2.1 Sua teoria criminológica, **114**

2.6.2.2.2 O ecleticismo metodológico do autor, **115**

2.6.2.2.3 Direito penal e política criminal em F. von Liszt, **115**

2.6.3 Escola da Defesa Social, **116**

2.6.3.1 As três etapas da Defesa social, **117**

2.6.3.2 O pensamento radical de F. Gramatica, **117**

2.6.3.3 A contribuição de Marc Ancel, **117**

### TERCEIRA SEÇÃO

#### DO POSITIVISMO JURÍDICO AOS ATUAIS FUNCIONALISMOS

*Antonio García-Pablos de Molina*

**Capítulo 1. O POSITIVISMO JURÍDICO E SUAS MANIFESTAÇÕES: A DIREÇÃO "TÉCNICO-JURÍDICA" E O "FORMALISMO NORMATIVISTA", 123**

1.1 A transformação do positivismo científico em positivismo jurídico e os fatores que influenciaram essa transformação, **124**

1.2 O positivismo na Itália e na Alemanha, **124**

1.2.1 A direção técnico-jurídica e o pensamento de A. Rocco, **125**

1.2.2 A contribuição de Binding, **127**

**Capítulo 2. A REAÇÃO CONTRA O POSITIVISMO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DO SÉCULO XX, 130**

2.1 Neokantismo (método teleológico), finalismo (ontologicismo) e Escola de Kiel (irracionalismo): três respostas (pretensamente) antiformalistas, **130**

2.2 O abandono do positivismo no Direito penal: crise do modelo "clássico" da teoria do delito, **132**

**Capítulo 3. O NEOKANTISMO, 132**

3.1 As duas correntes neokantianas: Escola de Marburgo e Escola Sul-ocidental. Coincidências e divergências. O pensamento de Stammler, **132**

3.2 A Escola Sul-ocidental, **133**

3.2.1 A contribuição de Rickert, **133**

3.2.2 Lask e sua concepção sobre os “valores”, **134**

3.2.3 A obra de G. Radbruch e seu relativismo axiológico, **135**

3.3 A repercussão da filosofia e da metodologia neokantianas na sistemática do delito, **135**

**Capítulo 4. O ONTOLOGICISMO FINALISTA (FINALISMO) E A TEORIA FENOMENOLÓGICA DO DIREITO, 137**

4.1 O ontologicismo finalista como reação ao subjetivismo epistemológico e ao neutralismo valorativo neokantiano: suas premissas metodológicas, **138**

4.2 As chamadas “estruturas lógico-objetivas” (“finalidade”, “autodeterminação” etc.), **139**

4.3 Ontologicismo, fenomenologia e positivismo: a tese de H. Welzel, **140**

**Capítulo 5. O IRRACIONALISMO DA ESCOLA DE KIEL, 141**

5.1 Finalismo ontologista e irracionalismo, **141**

5.2 Fenomenologia, “ordem concreta” e irracionalismo, **141**

5.3 O substrato ideológico da Escola de Kiel e sua crítica às principais categorias do sistema penal, **142**

**Capítulo 6. AS ATUAIS ORIENTAÇÕES TELEOLÓGICAS E FUNCIONALISTAS, 143**

6.1 A “normativização” das categorias do sistema do delito e sua orientação a exigências político-criminais, **143**

6.2 As duas tendências mais destacadas e suas sub-orientações, **144**

6.2.1 A contribuição de Roxin, **144**

6.2.2 A contribuição de G. Jakobs: referência à teoria “sistêmica”, **145**

6.3 Outras correntes funcionalistas: Hassemer e Zaffaroni, **148**

6.3.1 Conceito funcionalista do controle social (Hassemer), **148**

6.3.2 Funcionalismo reducionista ou contencionista de Zaffaroni, **149**

6.4 Rumo à constitucionalização da teoria do delito e a perspectiva de uma nova síntese funcionalista, **149**

**QUARTA SEÇÃO****PROBLEMAS E TENDÊNCIAS ATUAIS DA CIÊNCIA PENAL**

*Antonio García-Pablos de Molina*

**Capítulo 1. PROBLEMAS FUNDAMENTAIS, 155**

1.1 Enumeração dos três problemas fundamentais da ciência penal, **155**

1.2 Saber *sistemático* e saber *problemático*, **156**

1.3 Realismo penal: a aproximação da ciência penal à realidade social, **163**

1.3.1 A contribuição da moderna Psicologia, **164**

1.3.2 Contribuição da Psicanálise, **165**

1.3.3 Biologia e ciências afins, **166**

1.3.4 Sociologia, **168**

1.3.5 Criminologia, **169**

1.3.6 Estatística, **174**

1.3.7 Considerações finais, **176**

1.4 Dogmática e Política Criminal, **178**

**Capítulo 2. CONCLUSÕES FINAIS, 184**

2.1 A inclinação da ciência penal para o concreto, social e estrutural, **184**

2.2 Renovação metodológica, **185**

**QUINTA SEÇÃO****MISSÕES, FUNÇÕES E FUTURO DO DIREITO PENAL**

*Antonio García-Pablos de Molina*

**Capítulo 1. MISSÕES E FUNÇÕES DO DIREITO PENAL: DESAPARECIMENTO VERSUS RACIONALIZAÇÃO, 194**

**Capítulo 2. ORDEM SOCIAL E ORDEM JURÍDICA: O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DO CONTROLE SOCIAL FORMAL, 197**

**Capítulo 3. A FUNÇÃO PROTETORA DE BENS JURÍDICOS COMO MISSÃO FUNDAMENTAL E LEGITIMADORA DO DIREITO PENAL, 198**

3.1 Dever jurídico e bem jurídico, 198

3.2 O conceito de bem jurídico, 199

**Capítulo 4. A FUNÇÃO ÉTICO-SOCIAL DO DIREITO PENAL, 200**

4.1 Função protetora de bens jurídicos e função ético-social do Direito penal, 201

4.2 Considerações críticas a respeito da suposta função ético-social do Direito penal, 204

**Capítulo 5. OUTRAS FUNÇÕES CONTROVERTIDAS DO DIREITO PENAL: A FUNÇÃO “SIMBÓLICA” E A FUNÇÃO “PROMOCIONAL” DO DIREITO PENAL, 205**

5.1 Função instrumental e “simbólica” do Direito penal, 205

5.2 A denominada “função promocional” do Direito penal, 207

**Capítulo 6. A FUNÇÃO REAL DO DIREITO PENAL SEGUNDO A CRIMINOLOGIA CRÍTICA (O LABELLING APPROACH E AS “TEORIAS DO CONFLITO”), 208**

6.1 Crítica ao conceito de “delito” e de “interesse geral”, 208

6.2 Particular referência ao *labelling approach*, 209

6.3 A teoria marxista: rejeição do conceito de bem jurídico e da suposta neutralidade do controle social, 210

**Capítulo 7. O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE “GUERRA” E SUA CRÍTICA, 210**

7.1 Günther Jakobs e o Direito penal do inimigo, 210

7.2 Críticas ao Direito penal do inimigo, 213

**Capítulo 8. O FUTURO DO DIREITO PENAL: SUA CONTROVERTIDA SUBSTITUIÇÃO POR OUTRAS FORMAS DE CONTROLE SOCIAL, 214**

8.1 Uma comprovação histórica: a tendência racionalizadora do Direito penal, 215

8.2 Rumo a uma intervenção penal mínima e garantista, 215

8.3 As tendências “neocriminalizadoras” (punitivistas) e “expansionistas” da moderna política criminal, 217

8.4 Valoração final, 219

## SEXTA SEÇÃO

### TEORIA GERAL DO “IUS PUNIENDI”

*Antonio García-Pablos de Molina*

**Capítulo 1. IUS POENALE E IUS PUNIENDI, 222**

1.1 O *ius puniendi* como reflexo do *ius poenale*, 222

1.2 O *ius puniendi* e os limites do poder de castigar do Estado, 224

**Capítulo 2. FUNDAMENTO DO IUS PUNIENDI, 224**

2.1 Fundamento “histórico”: o processo de monopolização pelo Estado do poder de castigar, 224

2.2 Fundamento “político”: os diversos modelos de Estado e o *ius puniendi*, 225

2.3 Análise “jurídica”: o direito do Estado de estabelecer normas penais e o direito de exigir o seu cumprimento, 226

**Capítulo 3. NATUREZA DO IUS PUNIENDI, 226**

3.1 Binding: o direito subjetivo de castigar como transformação do direito subjetivo à obediência. O *ius puniendi* como “direito público subjetivo” na tese de Binding, 227

3.2 A caracterização do *ius puniendi* como direito subjetivo e sua crítica. O questionamento desta categoria “iusprivatista” e a tese de Ferri, 228

3.3 O *ius puniendi* como “poder” ou “faculdade”, 229

- 3.4 A natureza do *ius puniendi* nos três momentos da vida da norma, **230**
  - 3.4.1 Antes da edição da norma jurídica, **230**
  - 3.4.2 Uma vez editada a norma jurídica, **230**
  - 3.4.3 Depois de ser infringida a norma jurídica, **231**

## **Capítulo 4. TITULAR DO IUS PUNIENDI, 232**

- 4.1 Análise histórica, **232**
- 4.2 O problema dos delitos “privados” e “semi-públicos” (públicos condicionados), **232**
- 4.3 O atual processo de “privatização” de parcelas do sistema legal: seu significado, **233**

### **SÉTIMA SEÇÃO**

#### **LIMITES DO “IUS PUNIENDI”**

*Antonio García-Pablos de Molina*

## **Capítulo 1. LIMITES DO IUS PUNIENDI: INTRODUÇÃO, 237**

- 1.1 Importância do problema dos “limites” do *ius puniendi*, **238**
- 1.2 Enumeração dos princípios fundamentais (cardeais) limitadores do *ius puniendi*, **238**

## **Capítulo 2. MINIMALISMO E GARANTISMO, 240**

### **OITAVA SEÇÃO**

#### **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS (I): PRINCÍPIOS DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA**

*Luiz Flávio Gomes*

## **Capítulo 1. O BEM JURÍDICO-PENAL: CONCEITOS FUNDAMENTAIS, DISTINÇÕES, FUNÇÕES, TIPOLOGIA E LEGITIMIDADE DA TUTELA, 247**

- 1.1 A missão do Direito penal de tutela (fragmentária e subsidiária) de bens jurídicos (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos), **247**
- 1.2 Bem existencial, substrato subjetivo do bem jurídico, bem jurídico, bem jurídico-penal e o objeto material do delito, **253**
- 1.3 Bem jurídico e bem jurídico-penal, **256**

- 1.4 Conceito político-criminal e dogmático de bem jurídico, **258**
- 1.5 Funções do bem jurídico-penal, **258**
  - 1.5.1 Função fundamentadora do injusto (do crime), **258**
  - 1.5.2 Função sistemática, **258**
  - 1.5.3 Função exegética (ou interpretativa), **259**
  - 1.5.4 Função de garantia, **259**
  - 1.5.5 Função processual, **260**
- 1.6 Bens individuais e supra-individuais, **260**
- 1.7 Quando é legítima a proteção penal dos bens jurídicos (tendo em vista a perspectiva constitucionalista do princípio da ofensividade)? Do método subsuntivo ao método da ponderação, **262**

## **Capítulo 2. O BEM JURÍDICO COMO OBJETO DE TUTELA (E DA OFENSA) NO DIREITO PENAL, 264**

- 2.1 A teoria do bem jurídico como limite (tão-somente) negativo da intervenção penal, **264**
- 2.2 Sobre a instrumentalização da teoria do bem jurídico no Direito penal, **265**
- 2.3 Devemos abandonar ou preservar a teoria do bem jurídico?, **270**
- 2.4 Sobre a dupla virtualidade da teoria do bem jurídico, **273**

## **Capítulo 3. EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONCEITUAL DA NOÇÃO DE BEM JURÍDICO, 275**

- 3.1 O delito como ofensa a um direito subjetivo, **275**
- 3.2 A formulação de Birnbaum, **276**
- 3.3 O bem jurídico na perspectiva positivista (um conceito omnicompreensivo), **278**
- 3.4 Quando o bem jurídico deixou de ser objeto da tutela penal?, **279**
- 3.5 Teorias sociológicas sobre o bem jurídico, **281**

## **Capítulo 4. BEM JURÍDICO E CONSTITUIÇÃO, 283**

- 4.1 Teorias constitucionalistas, **283**
- 4.2 Exclusivamente os bens constitucionalmente relevantes são os que podem ser objeto da tutela penal?, **285**

o

4.3 Podem ser penalmente tutelados outros bens, ainda que não os contemple literalmente a Constituição?, **290**

4.4 Teorias ecléticas, **292**

4.5 Síntese da discussão acerca dos limites materiais do conceito de bem jurídico, **293**

4.6 A Constituição proíbe ao legislador criminalizar determinadas condutas?, **296**

4.7 A Constituição impõe obrigações de criminalização ou de penalização?, **296**

## **Capítulo 5. O CONCEITO CRÍTICO DE BEM JURÍDICO, 297**

5.1 Em busca de um conceito transcendentalista de bem jurídico, **297**

5.2 Conteúdo do conceito crítico de bem jurídico, **298**

## **Capítulo 6. DOS CRITÉRIOS DE (DES) LEGITIMAÇÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO DE SELEÇÃO DO BEM JURÍDICO, 302**

6.1 Critérios negativos de deslegitimação do bem jurídico, **302**

6.2 Síntese dos critérios negativos de deslegitimação do bem jurídico, **303**

## **Capítulo 7. A EXIGÊNCIA DE CONCRETIZAÇÃO DO BEM JURÍDICO COMO CONDIÇÃO *SINE QUA NON* DO CARÁTER NECESSARIAMENTE OFENSIVO DO DELITO, 305**

7.1 *Nulla lex sine iniuria*, **305**

7.2 O bem jurídico deve ser capaz de ser lesionado ou posto em perigo concreto, **307**

## **Capítulo 8. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA, 311**

8.1 Introdução, **311**

8.2 Administrativização do Direito penal e sua deflação, **313**

8.3 Fuga para o “dualismo penal” com relativização das garantias?, **315**

8.4 A natureza fragmentária e subsidiária da intervenção penal, **316**

8.5 Fragmentariedade, intolerabilidade da ofensa e “merecimento de pena”, **318**

8.6 Subsidiariedade, idoneidade e “necessidade de pena”, **322**

8.7 Argumentos empíricos do Direito penal mínimo, **324**

## **NONA SEÇÃO**

### **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS (II):**

#### **PRINCÍPIOS DA MATERIALIZAÇÃO E DA LEGALIDADE DO FATO**

*Luiz Flávio Gomes*

## **Capítulo 1. INTRODUÇÃO, 330**

## **Capítulo 2. PRINCÍPIO DA MATERIALIZAÇÃO DO FATO, 330**

2.1 Significado e transcendência, **330**

2.2 Sua antítese: o Direito penal *de autor* e suas críticas, **332**

2.3 Reconhecimento legal do princípio da materialização do fato, **334**

2.4 Vulneração do princípio da materialização do fato, **334**

2.5 Princípio da materialização do fato e princípio da responsabilidade pessoal, **335**

## **Capítulo 3. FONTES DO DIREITO PENAL, 335**

3.1 Fonte de produção ou substancial ou material, **335**

3.2 Fontes formais, **336**

3.3 A jurisprudência como fonte formal imediata do Direito Penal, **338**

3.4 Fonte formal mediata: a doutrina, **342**

3.5 Fontes informais, **342**

## **Capítulo 4. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DO FATO, 343**

4.1 Dimensões do princípio da legalidade, **343**

4.2 Origem do princípio da legalidade criminal e penal, **343**

4.3 O princípio da legalidade criminal e penal como patrimônio cultural da humanidade, **345**



4.4 Constitucionalização do princípio da legalidade criminal e penal e suas exigências formais e materiais mínimas, **346**

4.5 Fundamentos do princípio da legalidade criminal e penal, **346**

4.6 Dimensões de garantia do princípio da legalidade criminal e penal, **347**

4.7 Quando a garantia da *lex certa* pode resultar violada?, **350**

4.8 Medidas de segurança e princípio da legalidade, **351**

## Capítulo 5. A GARANTIA DA *LEX POPULI*:

DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL, **351**

5.1 A garantia da *lex populi* e o Direito comparado, **351**

5.1.1 Direito alemão, **351**

5.1.2 Direito italiano, **351**

5.1.3 Direito espanhol, **352**

5.2 A garantia da *lex populi* no Direito penal brasileiro, **352**

5.2.1 Medidas provisórias e Direito penal, **353**

5.2.2 Medidas provisórias “penais” e o STF, **353**

5.2.3 Lei delegada, **354**

5.3 A garantia da *lex populi* e o Estado de Direito, **354**

5.4 A garantia da *lex populi* e o Estado Democrático, **354**

5.5 Considerações e conclusões finais, **355**

## Capítulo 6. LEI PENAL, NORMA PENAL E TIPO PENAL, **356**

## Capítulo 7. INTERPRETAÇÃO DAS LEIS PENAIS, **363**

7.1 Sentido da interpretação, **363**

7.2 Espécies de interpretação, **363**

## Capítulo 8. CONFLITO APARENTE DE LEIS PENAIS, **367**

8.1 Conceito e distinções, **367**

8.2 Princípios incidentes no conflito aparente de leis penais, **368**

8.2.1 Princípio da especialidade, **368**

8.2.2 Princípio da subsidiariedade, **369**

8.2.3 Princípio da consunção ou da absorção, **370**

8.3 Fundamentos dos princípios que regem o conflito aparente de leis penais, **373**

8.4 Princípio da alternatividade, **373**

## DÉCIMA SEÇÃO

### PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS (III):

#### PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE DO FATO

*Luiz Flávio Gomes*

## Capítulo 1. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE DO FATO, **375**

1.1 Introdução e significado político-criminal e dogmático do princípio da ofensividade, **375**

1.2 Os conceitos de lesão e de perigo concreto ao bem jurídico, **386**

## Capítulo 2. O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE COMO LIMITE DO *IUS PUNIENDI*, **390**

2.1 Função político-criminal do princípio da ofensividade e suas dimensões, **390**

2.2 O princípio da ofensividade e suas relações com outros princípios político-criminais análogos, **393**

2.2.1 Ofensividade e legalidade (*nulla iniuria sine lex; nulla lex sine iniuria*), **394**

2.2.2 Ofensividade e princípio da materialização do fato, **398**

2.2.3 Ofensividade e exclusiva proteção de bens jurídicos, **399**

2.2.4 Ofensividade, fragmentariedade e subsidiariedade, **401**

2.2.5 Ofensividade e necessidade, **401**

2.3 A questão da consagração normativa do princípio da ofensividade: perspectivas doutrinária e jurisprudencial, **402**

2.3.1 O princípio da ofensividade no Direito italiano, **402**

2.3.2 O princípio da ofensividade no Direito espanhol, **408**

2.3.3 O princípio da ofensividade no Direito brasileiro, **409**



2.3.4 Corolário natural do reconhecimento do princípio da ofensividade, **415**

2.3.5 Rumo a uma consagração explícita (constitucional) do princípio da ofensividade, **415**

2.4 O delito como ofensa a um bem jurídico e sua dimensão constitucional, **416**

### **Capítulo 3. O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE COMO LIMITE DO IUS POENALE, 420**

3.1 A função dogmática (interpretativa e prática) do princípio da ofensividade, **420**

3.2 Princípio da ofensividade, resultado jurídico e suas exigências, **424**

3.3 Sobre a posição sistemática da lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico, **426**

3.4 As hipóteses de subsunção “formal” da conduta à descrição legal porém sem ofensa ao bem jurídico protegido: *Quid iuris?*, **430**

#### **DÉCIMA PRIMEIRA SEÇÃO**

#### **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAI (IV): PRINCÍPIOS DA RESPONSABILIDADE PESSOAL, DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA, DA CULPABILIDADE E DA IGUALDADE**

*Luiz Flávio Gomes*

### **Capítulo 1. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE PESSOAL, 437**

1.1 Significado, fundamento e dimensões de garantia, **437**

1.2 Responsabilidade pessoal e crimes societários, **440**

### **Capítulo 2. RESPONSABILIDADE “PENAL” DA PESSOA JURÍDICA, 443**

2.1 *Societas delinquere potest ou non potest?* **443**

2.2 Primeira decisão do STJ sobre o assunto, **447**

### **Capítulo 3. PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA, 452**

3.1 Significado, fundamento e dimensões de garantia, **452**

3.2 Princípio da responsabilidade subjetiva e princípio da culpabilidade, **454**

### **Capítulo 4. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE, 455**

4.1 Significado, Definições terminológicas e sistemáticas, **455**

4.1.1 Culpabilidade como “responsabilidade subjetiva” e culpabilidade como “reprovação”, **456**

4.1.2 Conceito “dogmático” (estrito) e conceito “político-criminal” (lato) de culpabilidade, **457**

4.1.3 Conceito clássico (retribucionista) e conceito atual (imputação pessoal e normal motivação), **458**

4.2 Significado político-criminal do princípio da culpabilidade, **459**

4.3 O princípio da culpabilidade e as medidas de segurança, **460**

4.4 A culpabilidade e o Código Penal, **460**

### **Capítulo 5. PRINCÍPIO DA IGUALDADE, 461**

#### **DÉCIMA SEGUNDA SEÇÃO**

#### **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAI (V) : PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PROIBIÇÃO DA PENA INDIGNA, DA HUMANIDADE E DA PROPORCIONALIDADE E SEUS SUB-PRINCÍPIOS**

*Luiz Flávio Gomes*

### **Capítulo 1. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PROIBIÇÃO DA PENA INDIGNA, 466**

1.1 Significado e dimensões de garantia, **466**

1.2 Pena de morte e prisão perpétua, **468**

1.2.1 Pena de morte, **468**

1.2.2 Prisão perpétua, **469**

1.2.2.1 Emenda constitucional, **469**

1.2.2.2 Lei ordinária, **470**

1.2.2.3 Plebiscito, **470**

### **Capítulo 2. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DA PENA, 473**

### **Capítulo 3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DA PENA E SEUS SUB-PRINCÍPIOS, 479**



- 3.1 Significado e dimensões de garantia do princípio da proporcionalidade, **479**
- 3.2 Sua proclamação e reconhecimento jurídico, **480**
- 3.3 Critérios e medida da proporcionalidade, **481**
- 3.4 Princípios regentes da pena que se coligam com o princípio da proporcionalidade, **485**
  - 3.4.1 Princípio da necessidade da pena, **485**
  - 3.4.2 Princípio da individualização da pena, **485**
  - 3.4.3 Princípio da personalidade ou pessoalidade da pena, **487**
  - 3.4.4 Princípio da suficiência da pena alternativa, **487**
  - 3.4.5 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito, **489**

#### DÉCIMA TERCEIRA SEÇÃO

##### LIMITE MÁXIMO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL

*Luiz Flávio Gomes*

#### Capítulo 1. DESVALOR DA AÇÃO, DESVALOR DO RESULTADO E A *VORFELDKRIMINALISIERUNG*, **494**

- 1.1 O injusto penal como lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico: *nullum crimen sine iniuria*, **494**
- 1.2 O injusto penal concretamente ofensivo como objeto de referência da "criminalização do âmbito prévio", **502**

#### Capítulo 2. TENTATIVA IDÔNEA, TENTATIVA INIDÔNEA, DELITO IMPOSSÍVEL E O DESVALOR DO RESULTADO, **505**

#### Capítulo 3. INCRIMINAÇÃO DE ATOS PREPARATÓRIOS E O "PERIGO DE PERIGO" (= PERIGO CONCRETO INDIRETO): DELITO "OBSTÁCULO" (*REATI OSTATIVI*), DE PREPARAÇÃO (*VORBEREITUNGSDELIKTE*), DE "POSSE OU DE POSSESSÃO" E DE "SUSPEITA", **509**

- 3.1 Limites e legitimação da incriminação dos atos preparatórios, **509**
- 3.2 Limites e legitimação da incriminação do perigo concreto indireto (ou perigo de perigo), **514**

#### Capítulo 4. DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE O PERIGO ABSTRATO E O PRINCÍPIO DE OFENSIVIDADE, **521**

#### Capítulo 5. A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICO-PENAISSUPRAINDIVIDUAIS E O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE, **531**

#### Capítulo 6. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE E DELITOS DE INTENÇÃO TRANSCENDENTAL, DE ATENTADO E OMISSIVOS PRÓPRIOS, **539**

- 6.1 Delitos de intencionalidade transcendental, **539**
- 6.2 Delitos de atentado, **541**
- 6.3 Crimes omissivos próprios, **542**

#### DÉCIMA QUARTA SEÇÃO TEORIA DA NORMA PENAL *Luiz Flávio Gomes*

#### Capítulo 1. CONCEITO E ESPÉCIES DE NORMA PENAL: NORMA E PRECEITO OU ENUNCIADO LEGAL, **546**

#### Capítulo 2. ESTRUTURA "LÓGICA" DA NORMA E SUA FORMULAÇÃO "HIPOTÉTICA" OU INDIRETA, **549**

#### Capítulo 3. NORMA E LEI PENAL: A TEORIA DAS NORMAS DE BINDING, **552**

- 3.1 Natureza e estrutura da norma em Binding: exposição de sua tese, **552**
- 3.2 Valorações críticas, **553**

#### Capítulo 4. A ESTRUTURA LÓGICA DA NORMA E SITUAÇÕES ESPECIAIS, **556**

- 4.1 Estrutura "lógica" e estrutura "legal" da norma, **556**
- 4.2 Leis incompletas, **556**
- 4.3 As "leis penais em branco", **559**
  - 4.3.1 Origem desta particular técnica legislativa, **561**
  - 4.3.2 Delimitação conceitual, **561**
  - 4.3.3 Justificação e inconvenientes da referida técnica, **564**
  - 4.3.4 As questões da constitucionalidade da "lei penal em branco" e da remissão a uma legislação supranacional ou estadual, **565**
- 4.4 Outras hipóteses controvertidas, **567**

4.4.1 Remissão a outra norma para o efeito de determinar a penalidade, **567**

4.4.2 Os delitos consistentes na “infração de um dever” (*Pflichtdelikte*), **567**

**Capítulo 5. ESTRUTURA “LÓGICA” E “FUNÇÃO SOCIAL” DA NORMA: A DENOMINADA “ESTRUTURA COMUNICATIVA” DA NORMA, 567**

5.1 A tese de Calliess: programa “condicional” ou “hipotético” (tradicional) *versus* programa “final” (comunicativo), **568**

5.2 Reflexões críticas em relação à tese de Calliess, **570**

**Capítulo 6. FUNÇÃO DA NORMA PENAL: A NORMA PENAL COMO NORMA DE (DES)VALORAÇÃO E COMO NORMA DE DETERMINAÇÃO, 571**

6.1 Antecedentes históricos genuínos da polémica (debate entre imperativistas e não imperativistas), **571**

6.2 Fundamentos da polémica atual e sua mediatização: deslocamento da questão para o âmbito da antijuridicidade, **571**

6.3 Exposição e crítica das diversas teses, **573**

6.3.1 A norma penal como norma de (des) “valoração”, **573**

6.3.2 A norma penal como norma de “determinação”, **576**

6.3.3 Teses conciliadoras, **582**

**Capítulo 7. NORMA PENAL, BEM JURÍDICO, PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE E TEORIA DO DELITO, 591**

7.1 Norma penal, bem jurídico e princípio da ofensividade, **591**

7.2 Teoria constitucionalista do delito e o deslocamento da polémica valoração/imperativismo para o âmbito da tipicidade, **592**

## DÉCIMA QUINTA SEÇÃO INTRODUÇÃO À TEORIA DO DELITO

*Luiz Flávio Gomes*

**Capítulo 1. OBJETO, FUNÇÕES E POSIÇÃO SISTEMÁTICA DA TEORIA DO DELITO, 607**

**Capítulo 2. CONCEITOS FORMAL, LEGAL E MATERIAL DE DELITO, 608**

2.1 Notas introdutórias e definições terminológicas, **608**

2.2 Conceito formal, **610**

2.3 Conceito legal, **610**

2.4 Conceitos materiais, **611**

2.4.1 Conceitos criminológicos, **612**

2.4.2 Conceitos materiais penais: da equação “delito = pecado” às concepções funcionais do delito, **613**

2.4.3 Síntese histórica da evolução do conceito material de delito, **613**

**Capítulo 3. EVOLUÇÃO DOS CONCEITOS ANALÍTICOS (DOGMÁTICOS) DE DELITO, 615**

3.1 Bases clássicas da construção dogmática do conceito de delito e da teoria do delito, **615**

3.2 O conceito naturalista (ou causal-naturalista ou clássico) de delito, **615**

3.3 As primeiras mudanças no conceito naturalista de delito, **616**

3.4 Conceito neoclássico (neokantista) de delito, **617**

3.5 Conceito finalista de delito e teoria social da ação, **617**

3.6 Conceitos funcionalistas de delito, **618**

3.6.1 Conceito funcionalista orientado aos fins da Política criminal (conceito racional-final ou teleológico funcional ou funcionalista-teleológico de delito de Roxin), **619**

3.6.2 Conceito funcionalista sistêmico de delito de Jakobs, **620**

3.6.3 Conceito funcionalista do controle social de Hassemer, **621**

3.6.4 Funcionalismo reducionista ou contencionista de Zaffaroni, **621**

3.7 Conceito analítico de delito: nossa posição, **621**

3.7.1 Nosso conceito analítico e funcionalista de delito, **621**

- 3.7.2 Confronto entre o nosso conceito analítico e funcionalista de delito e o conceito predominante, **622**
- 3.7.3 Teoria constitucionalista do delito: o delito entendido como ofensa desvaliosa a um bem jurídico relevante, **623**
- 3.7.4 Consagração normativo-sistemática do delito como ofensa a um bem jurídico: bem jurídico e Partes Especiais dos Códigos Penais, **623**
- 3.7.5 Consagração normativo-sistemática do delito como ofensa a um bem jurídico: a ofensividade do delito na terminologia dos Códigos Penais, **623**
- 3.7.6 Características do sistema constitucionalista de delito e suas distinções frente aos demais modelos de delito, **623**
- 3.7.7 Fundamento legal da concepção ofensiva do delito, **624**
- 3.7.8 Consumação formal e consumação material do delito, **625**

#### **Capítulo 4. SISTEMAS DE DELITO** (RECAPITULANDO OS VÁRIOS CONCEITOS ANALÍTICOS DE DELITO), **625**

- 4.1 Sistemas bipartidos, **625**
  - 4.1.1 Teoria do tipo de injusto, **625**
  - 4.1.2 Teoria dos elementos negativos do tipo, **625**
  - 4.1.3 Corrente finalista brasileira dissidente, **626**
  - 4.1.4 Corrente bipartida teleológica, **626**
- 4.2 Sistemas tripartidos, **626**
- 4.3 Sistema quadripartido, **627**
- 4.4 Sistema quintupartido, **627**
- 4.5 Nossa posição, **627**

#### **Capítulo 5. ESTRUTURA E REQUISITOS DO DELITO, 628**

- 5.1 Estrutura do delito, **628**
  - 5.1.1 Finalidades do Direito penal e teoria do delito, **628**
  - 5.1.2 Modelo de Direito penal e teoria constitucionalista do delito, **628**
- 5.2 Requisitos do delito, **628**

#### **Capítulo 6. MÉTODO DE COMPREENSÃO DO DELITO: ONTOLÓGICO ("SER") OU DEONTOLÓGICO ("DEVER SER")?, 629**

#### **Capítulo 7. TEORIAS CAUSALISTA, FINALISTA E CONSTITUCIONALISTA DO DELITO (SÍNTESE DAS DISTINÇÕES), 629**

##### **DÉCIMA SEXTA SEÇÃO** **TEORIAS DA PENA**

*Antonio García-Pablos de Molina*

#### **Capítulo 1. PENA: QUESTÕES GERAIS, 639**

- 1.1 Conceitos e distinções, **639**
- 1.2 Justificação do Direito penal, **640**
- 1.3 Aspectos estatal e pessoal da pena, **641**

#### **Capítulo 2. FUNDAMENTO, NATUREZA E FINS DA PENA, 642**

- 2.1 Fundamento ou justificação da pena, **642**
- 2.2 Essência da pena, **643**
  - 2.2.1 Sua origem histórica, **644**
  - 2.2.2 A natureza "retributiva" da pena no Direito positivo, **644**
- 2.3 Os fins da pena, **645**
  - 2.3.1 Prevenção *versus* retribuição, **645**
  - 2.3.2 Referência histórica, **646**

#### **Capítulo 3. AS TEORIAS PENAIIS: CONTEÚDO E CRÍTICAS, 647**

- 3.1 As chamadas "teorias absolutas" ou retribucionistas, **648**
  - 3.1.1 Suas diversas formulações, **648**
    - 3.1.1.1 Kant, **649**
    - 3.1.1.2 Hegel, **649**
    - 3.1.1.3 Binding, **650**
  - 3.1.2 Considerações críticas: aspectos positivos e negativos das teorias absolutas, **650**
- 3.2 As denominadas "teorias relativas", **653**
  - 3.2.1 Teorias absolutas e teorias relativas: suas diferenças, **654**

- 3.2.2 O pensamento prevencionista e suas manifestações históricas, **654**
- 3.2.2.1 A teoria da prevenção geral negativa, **656**
- 3.2.2.1.1 A formulação inicial de A. Feuerbach, **656**
- 3.2.2.1.2 A posterior controvérsia, **656**
- 3.2.2.1.3 Objeções contra o pensamento da prevenção geral negativa, **657**
- 3.2.2.1.4 Réplica às objeções, **659**
- 3.2.2.2 A chamada “prevenção geral positiva” (ou integradora), **662**
- 3.2.2.2.1 A insuficiência da mera “intimidação” como suporte do prevencionismo, **662**
- 3.2.2.2.2 A dupla origem doutrinária da prevenção positiva ou integradora, **663**
- 3.2.2.2.3 Prevenção positiva e teorias “simbólicas”, **663**
- 3.2.2.2.4 Objeções e argumentos favoráveis, **664**
- 3.2.2.3 A teoria da prevenção especial ou da prevenção individual. Prevenção especial negativa e positiva, **665**
- 3.2.2.3.1 Antecedentes históricos e formulações da prevenção especial: particular referência a F. von Liszt e à denominada “segunda onda da prevenção especial”, **666**
- 3.2.2.3.2 Argumentos em favor da prevenção especial, **668**
- 3.2.2.3.3 Objeções contra a teoria da prevenção especial, **670**
- 3.2.2.3.4 Particular referência à idéia de “ressocialização” como fundamento da pena (prevenção especial positiva), **672**
- 3.2.2.3.5 Recapitulação final, **675**
- 3.3 As denominadas teorias “mistas” ou de “união” ou unitárias, **676**
- 3.3.1 As teorias de união como fórmulas de compromisso, **677**
- 3.3.2 As teorias de união como teorias dominantes na atualidade, **678**
- 3.3.3 Diversas formulações das teorias de união: alternativas e formas de combinar os distintos fins da pena, **680**

- 3.3.3.1 A culpabilidade como “fundamento” da pena, **680**
- 3.3.3.2 A culpabilidade como “limite” da pena, **681**
- 3.3.4 Objeções às teorias de união, **681**
- 3.3.5 Orientações atuais, **682**
- 3.3.5.1 A teoria “diferenciadora” de Schmüdäuser, **682**
- 3.3.5.2 A teoria “dialética” de ROXIN, **684**
- 3.3.5.3 Críticas às teorias “diferenciadora” e “dialética”, **686**

## Capítulo 4. FUNÇÕES DA PENA E DA CULPABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO, **689**

- 4.1 Funções da pena no Direito brasileiro, **689**
- 4.1.1 Teoria diferenciada de Schmüdäuser e o sistema penal brasileiro, **693**
- 4.2 A tríplice função da culpabilidade e a pena no Direito penal, **694**

### DÉCIMA SÉTIMA SEÇÃO

#### TEORIA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

*Antonio García-Pablos de Molina*

## Capítulo 1. MEDIDAS DE SEGURANÇA E DE CORREÇÃO: APROXIMAÇÃO AOS PROBLEMAS GERAIS NO DIREITO COMPARADO, **697**

### Capítulo 2. FUNÇÃO GENÉRICA E FUNÇÕES ESPECÍFICAS DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA, **697**

- 2.1 A “origem” das medidas de segurança: a insuficiência da pena “retributiva”, **698**
- 2.2 O sistema “dualista” ou da “dupla via” (duplo binário): as funções respectivas da pena e da medida de segurança, **700**

### Capítulo 3. A JUSTIFICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA: O DENOMINADO FUNDAMENTO “ÉTICO-SOCIAL”. JUSTIÇA VERSUS UTILIDADE, **702**

- 3.1 O fundamento ético-social das medidas de segurança em H. Welzel: sua dupla origem, **703**

3.2 A tese antagônica de Schmidhäuser, 703

**Capítulo 4. RELAÇÕES ENTRE AS MEDIDAS DE  
SEGURANÇA E A PENA, 705**

4.1 Balanço dos sistemas "dualistas" ou da  
"dupla via", 705

4.2 As soluções monistas, 705

4.2.1 A absorção da pena pela medida de  
segurança, 706

4.2.2 A absorção da medida de segurança pela  
pena, 707

4.2.3 As tentativas de unificação, 709

4.3 O sistema "vicariante", 710

4.4 Modernas orientações e tendências, 712

**Capítulo 5. CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS  
DE SEGURANÇA NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL  
BRASILEIRO, 715**

o